

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB120042-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt.

Urteil vom 23. November 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung (Kostenvorschuss)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung, vom 29. August 2012 (CG120046)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich seit dem 15. Juni 2009 zunächst vor dem Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, hernach vor dem Kollegialgericht des Bezirksgerichts Zürich, in einem Forderungsprozess betreffend ausstehendes Anwaltshonorar über Fr. 12'565.45 gegenüber (Urk. 4/4/1-2). Nachdem der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 16. September 2011, präzisiert mit Eingabe vom 29. März 2012, eine Widerklage in der Höhe von Fr. 517'361.05 betreffend Schadenersatz aus unsorgfältiger Auftragsausführung erhoben (Urk. 4/4/39; Urk. 4/4/54) und die Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) – gleichzeitig mit Erstellen der Replik und Widerklageantwort – mit Eingabe vom 31. Januar 2012 Antrag auf Kautionsierung des Beklagten gestellt hatten (Urk. 4/4/49), überwies das Einzelgericht den Prozess mit Verfügung vom 12. April 2012 an das Kollegialgericht (Urk. 4/4/55 = Urk. 4/1). In der Folge wurde den Klägern und Beschwerdegegnern (fortan Kläger) mit Präsidialverfügung vom 24. April 2012 Frist zur Präzisierung bzw. Ergänzung der Widerklageantwort angesetzt (Urk. 4/5). Diese ging am 15. Juni 2012 ein und enthielt eine Erneuerung des Kautionsantrages (Urk. 4/11). Hierauf hiess die Vorinstanz – nachdem sie eigene Erhebungen beim Betreibungsamt D._____ und bei der Zentralen Inkassostelle der Gerichte getätigt hatte (Urk. 13 und 14) – mit Beschluss vom 29. August 2012 den Kautionsantrag gut und setzte dem Beklagten unter Androhung der Säumnisfolgen eine Frist von 10 Tagen an, um eine Kautionsleistung in der Höhe von Fr. 44'800.– zu leisten (Urk. 4/15 = Urk. 2).

2. Mit Eingabe vom 13. September 2012 (Datum Poststempel) erhob der Beklagte innert Frist rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 1):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 29. August 2012 sei aufzuheben.
2. Es sei wegen den erforderlichen Abklärungen über die Rechtmässigkeit von dem Beschluss eine entsprechende Fristverlängerung zu bestimmen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger."

3. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren wurde nachher eingeleitet, sodass diesbezüglich das neue Verfahrensrecht gilt. Das vorinstanzliche Verfahren unterstand dem alten Recht (Art. 404 ZPO), weshalb der Entscheid materiell nach altem Verfahrensrecht (ZPO/ZH, GVG/ZH) zu prüfen ist.

4.1 Der Beklagte beanstandet, dass ihm der Schriftsatz der Kläger vom 15. Juni 2012 nicht sofort ausgehändigt worden sei, obschon dieser bereits am 18. Juni 2012 beim Bezirksgericht Zürich eingegangen sei. Selbst auf sein Ersuchen hin (mit Schreiben vom 7. August 2012) sei ihm dieser Schriftsatz vorenthalten worden, was nach der geltenden Zivilprozessordnung ein eindeutiger Verstoss gegen die Gesetzesvorgaben sei. Schliesslich seien ihm zu den Schriftsätzen der Kläger vom 31. Januar 2012 und 15. Juni 2012 keine Widerspruchsmöglichkeiten eingeräumt worden. Des Weiteren fehle jeder Hinweis einer ordnungsgemässen Rechtsmittelbelehrung (Urk. 2 S. 2).

4.2 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/Genf 2010, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen.

4.3 Der Beschluss der Vorinstanz vom 29. August 2012 enthält entgegen der Darstellung des Beklagten eine korrekte Rechtsmittelbelehrung, weshalb diese Rüge fehl geht.

4.4.1 Hinsichtlich der Zustellung der klägerischen Eingaben und dem Einräumen einer "Widerspruchsmöglichkeit" rügt der Beklagte die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Zwar wurde dem Beklagten die Replik zur Hauptklage und Widerklageantwort der Kläger vom 31. Januar 2012 gleichzeitig mit der Verfügung des Einzelgerichts vom 12. März 2012 betreffend Aufforderung zur Bezifferung der Widerklage am 20. März 2012 in Kopie zugestellt (Urk. 4/4/49; Urk. 4/4/53/2), indes wurde ihm keine Frist zur Stellungnahme zum Kautionsantrag angesetzt (Urk. 4/4/52). Die Eingabe der Kläger vom 15. Juni 2012 (Urk. 4/11) wurde dem Beklagten erst mit Beschluss der Vorinstanz vom 29. August 2012 zugestellt (Urk. 4/15 S. 4; Urk. 4/16/2).

4.4.2 Die Kautionsauflage ist keine Zwangsvollstreckungsmassnahme, sondern begründet eine Prozessvoraussetzung (§ 108 ZPO/ZH). Daher ist sie von Amtes wegen zu prüfen und gegebenenfalls anzuordnen. Die dafür erheblichen Tatsachen sind von Amtes wegen festzustellen (§ 80 ZPO/ZH, ZR 70 Nr. 26). Dabei sind die Verhältnisse im Zeitpunkt massgebend, in welchem über die Kautionsauflage entschieden wird, wobei dies auch während des Prozesses geschehen kann. Ist aber die Kautionspflicht eine Prozessvoraussetzung, ist der Mangel ihrer Missachtung selbst noch im Rechtsmittelverfahren heilbar (ZR 85 Nr. 64, Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 f. zu § 73 ZPO/ZH). Vorliegend ist sodann zu beachten, dass die Frage der Kautionsanforderung nicht das Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien, sondern dasjenige zwischen einer Partei und dem Staat beschlägt. Damit hätte die Vorinstanz die Frage der Kautionsanforderung unabhängig davon, ob die Kläger eine solche beantragen oder nicht und ob sich der Beklagte hierzu äussert oder nicht, von sich aus und von Amtes wegen zu klären gehabt.

Nachdem vorliegend aber die Kläger den Antrag gestellt und zu dessen Begründung Behauptungen aufgestellt haben, wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, diesen dem Beklagten vorab zur Stellungnahme zuzustellen. Indem sie dem Beklagten keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat, hat sie dessen Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt.

4.4.3 a) Dennoch aber kann von einer Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen werden: Entgegen der Ansicht des Beklagten kann die Beschwerdeinstanz anstelle einer Rückweisung die Sache gleich selber entscheiden, sofern sie spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Spruchreif ist die Sache, wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen verfügt und kein weiteres Beweisverfahren notwendig ist. Spruchreife wird in der Praxis sodann regelmässig dann vorliegen, wenn die Beschwerdeinstanz ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden hat (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 11 zu Art. 327 ZPO).

b) Zwar ist eine Rückweisung an die erste Instanz bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln geboten (was bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs durchaus der Fall ist). Dies gilt unabhängig von der Frage, ob ein Fall spruchreif ist, es sei denn, der Mangel könne ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 11 zu Art. 327 ZPO mit Verweis auf A. Staehelin/D. Staehelin/P. Grolimund, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 57 zu § 10 Prozessgrundsätze). Der Mangel kann in der Regel dann durch nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die Kognition der Rechtsmittelinstanz gegenüber derjenigen der Vorinstanz nicht eingeschränkt ist und der betroffenen Partei kein Nachteil erwächst (A. Staehelin/D. Staehelin/P. Grolimund, a.a.O., Rz 57 zu § 10).

c) Dies ist vorliegend der Fall. Zwar hat die Beschwerdeinstanz an sich nicht volle Kognition, doch hat sie ebenso wie die Vorinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO), weshalb sie ebenso wenig an eine unvollständige oder irrige rechtliche Begründung der Parteien gebunden ist wie die Vorinstanz. Da vorliegend lediglich eine Rechtsfrage zu beurteilen ist, nämlich ob bei unstrittigem Sachverhalt (Erw. 4.4.4) gemäss § 73 Ziff. 3 und 4 ZPO/ZH Kautionsleistung zu leisten ist oder nicht, hat die Beschwerdeinstanz dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Sodann war es dem Beklagten möglich – nachdem er vom Antrag der Kläger betreffend Kautionsleistung vom 31. Januar 2012 (Urk. 4/4/49) mit Zustellung

der Verfügung des Einzelgerichts vom 12. März 2012 (Urk. 4/4/52; Urk. 4/4/53/2) Kenntnis erlangt hatte und ihm die weitere Eingabe der Kläger vom 15. Juni 2012 (Urk. 4/11) mit Beschluss der Vorinstanz vom 29. August 2012 (Urk. 4/15) zugestellt worden war –, sich im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu äussern, und es liegen alle für den Sachentscheid notwendigen Grundlagen vor (Urk. 4/13: Bestätigung des Betreibungsamtes D. _____ vom 13. August 2012 betr. offene Verlustscheine über Fr. 35'183.20; Urk. 4/14: Kontoauszug der Zentralen Inkassostelle der Gerichte vom 13. August 2012). Schliesslich erleidet der Beklagte durch einen direkten Entscheid keinen Nachteil. So ist es denn auch im Sinne der Prozessökonomie und im Lichte des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes, welcher einen zügigen Verfahrensablauf gewährleisten soll, zulässig, dass die Beschwerdeinstanz einen neuen Entscheid trifft, auch wenn dadurch das Gebot der Wahrung des (vollen) Instanzenzugs nicht eingehalten wird. Schliesslich liegt es im Ermessen der Beschwerdeinstanz, ob sie in der Sache neu entscheidet oder die Sache an die erste Instanz zurückweist. Entscheidet sie neu, tritt sie an die Stelle der Vorinstanz und urteilt mit voller Kognition (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 11 f. zu Art. 327 ZPO).

d) Damit erübrigt sich vorliegend eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, zumal es sich um eine rein rechtliche Frage handelt.

4.4.4 Der Beklagte hat sich konkret zur Kautionsauflage nicht geäussert. Er beschränkte sich lediglich darauf zu rügen, ihm sei keine Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt worden. Inwiefern aber mit der Kautonierung das Recht unrichtig angewandt bzw. der Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt worden ist, bringt er nicht vor. Aus den von der Vorinstanz vorgenommenen Abklärungen betreffend offene Verlustscheine (Urk. 4/4/50/3) und ausstehende Gerichtskosten (Urk. 4/14) gehen die genannten Kautionsgründe § 73 Ziffer 3 und 4 ZPO/ZH eindeutig hervor. Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid.

4.5 Hinsichtlich der weiteren vom Beklagten geltend gemachten "Widerspruchsmöglichkeiten" und damit Gelegenheiten zur Stellungnahme zu den vorgenannten Eingaben der Kläger ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen,

dass zunächst über die Frage, ob auf die Widerklage überhaupt einzutreten ist, zu entscheiden sein wird. Erst hernach wird das Verfahren fortgesetzt, indem dem Beklagten allenfalls Frist zur Duplik betreffend Hauptklage bzw. Replik zur Widerklage anzusetzen sein wird. Darüber hat die Vorinstanz zu entscheiden. Hieraus kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs abgeleitet werden.

4.6 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig, weshalb auf das Einholen der Beschwerdeantwort von der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.7 Der Beklagte hat in seiner Beschwerde keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung gestellt. Er hat jedoch innert laufender Frist zur Leistung der Kautionsum eine Fristerstreckung "wegen den erforderlichen Abklärungen über die Rechtmässigkeit" des Beschlusses ersucht (Beschwerdeantrag Ziffer 2). Unter diesen Umständen ist ihm die Frist von 10 Tagen zur Leistung der Kautionsum von Fr. 44'800.– neu anzusetzen.

5.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2 Den Klägern ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dem Beklagten wird die Frist von 10 Tagen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 und 2 des Beschlusses der Vorinstanz vom 29. August 2012 (Urk. 2) ab Zustellung dieses Urteils neu angesetzt, um für die Gerichtskosten sowie die Prozess-

entschädigung bei der Bezirksgerichtskasse Zürich (Postkonto 80-4713-0) eine Kautions von Fr. 44'800.– zu leisten. Die Kautions kann in bar, durch Hinterlegung solider Wertschriften oder hinreichende Garantie einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank geleistet werden.

Leistet der Beklagte die ihm auferlegte Kautions nicht fristgerecht, wird auf die Widerklage nicht eingetreten.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühren wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 1 und einer Kopie von Urk. 3, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist mit dem Empfangsschein (Kopie) für dieses Urteil an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc